

ANOTACIONES ACERCA DE LA DISCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO

Por

M.^a LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS
Universidad de Zaragoza

lmarmor@unizar.es

Revista General de Derecho Romano 34 (2020)

Las condiciones de vida y las limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua, es un amplio tema tratado por S. Castán en su monografía titulada *Discapacidad y Derecho romano*, publicada en la editorial Reus S.A., Madrid 2019 (289 págs.). Le precede un interesante prólogo de la profesora M. Pereña.

La Convención de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España (BOE 21 de abril 2008), constituye, desde el punto de vista internacional, el momento clave hacia una nueva era en el tratamiento de la discapacidad. La dignidad, la igualdad y la libertad de estas personas se convierten en el objetivo a alcanzar a través de todas las medidas que se adopten¹.

Los cambios sociales, los avances en la Medicina, la Psicología o el Derecho, así como la percepción actual que se tiene sobre estas personas, han obligado a revisar algunos planteamientos que se tenían sobre la discapacidad y a recomendar realizar una puesta al día de los ordenamientos jurídicos en torno a las figuras que tradicionalmente han existido para su guarda y protección. Partiendo del principio general de que todas las personas tienen capacidad jurídica, con independencia de que padezcan cualquier tipo de disfunción o enfermedad física o psíquica, se recomienda que para las personas que tienen limitadas sus capacidades, se establezcan mecanismos concretos de apoyo para la toma de decisiones en lo que concierne a su vida y a su patrimonio.

Desde este punto de vista, la curatela parece ser el medio idóneo, dejando la tutela para los menores no sometidos a la patria potestad, y ese es el sentir del Anteproyecto

¹ Sobre el cambio de paradigma que supuso la Convención en el tratamiento de las personas con discapacidad, vid. in extenso, Fernández de Buján, A., Convención de 2006 sobre los derechos de la persona con discapacidad y proceso de incapacitación, *Rev. ICADE*, Universidad Pontificia de Comillas, septiembre-diciembre 2011, pp.119-155.

de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 13 septiembre 2018, previsto por el legislador español, por lo que, si previsiblemente sigue adelante, serán modificados los artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil relativos a esta materia. Frente a la sentencia de incapacitación y la provisión de un tutor o un curador, según el sistema previsto en la ley de 1983 que modificó esta materia en el ordenamiento español, se pasará a un sistema de apoyos individualizados, sin requerirse previamente una declaración de incapacidad.

Resulta muy interesante el planteamiento referido pues, curiosamente, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, la voluntad de la persona protegida debe convertirse en el principio inspirador de las medidas de protección y en el criterio que debe seguir el juez en su intervención y la persona que desempeñe la función de apoyo. Además, al reservar la tutela para los menores, y la curatela como medida de apoyo para todos los demás supuestos de falta de capacidad de obrar, siguiendo las exigencias de la Convención de Naciones Unidas, el legislador, en realidad está enlazando con la regulación que tenía esta materia en el Derecho romano, constatándose lo que el profesor Fernández de Buján ha expresado magistralmente a través de sus obras, y es que el estudio del Derecho privado romano constituye no solo un elemento indispensable para valorar la historicidad del derecho, sino que también se configura como un instrumento necesario para entender el derecho vigente y para ayudar a la construcción del derecho privado europeo.

1. La monografía del profesor Castán, organizada en seis capítulos, dedica el primero de ellos a la proyección histórica de la discapacidad (pp. 23-83). Considera el autor que aunque los juristas y filósofos romanos emplearon conceptos como *humanitas*, *clementia*, *pietas*, *indulgencia*, etc., que identificarían valores morales y principios éticos propios de la Antigüedad, no puede sostenerse la existencia en el Derecho romano de una categoría similar a la de los derechos humanos, tal y como la entendemos hoy, cuyo origen estaría en la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948. Ni la protección de la vida, la libertad o la dignidad humanas tal y como sucede en casi todos los ordenamientos jurídicos actuales.

La terminología empleada por los antiguos para nombrar a los enfermos mentales ha sido estudiada a partir de la distinción que hace Gayo en sus *Instituciones* (*furiosus*, *mentecaptus*), y aparecía en las XII Tabas, siendo posteriormente recogida por Justiniano. La distinción recogida en las fuentes venía atribuyendo para el *furiosus* la figura del curator (*cura furiosæ*), y para el *mentecaptus* la del *curator debiliū personarum*. Partiendo igualmente de las fuentes, los romanistas han advertido la distinción entre la enfermedad mental (*insania*) y la locura (*folia*), y entre la enfermedad mental (*morbus*) y los defectos del carácter (*vitium*), sobre todo a propósito de la compra-venta de esclavos,

llegando a la consideración de que la preocupación por dichas cuestiones vino a ser desarrollada por los juristas, no por cuestiones humanitarias, sino a propósito de las distintas consecuencias que se derivaban de la venta de un esclavo defectuoso.

2. El capítulo segundo trata sobre las consecuencias que la discapacidad desplegaba en las personas, tanto desde una perspectiva social como jurídica. Examina la discapacidad sensorial y psíquica, y también las malformaciones físicas, tanto las de nacimiento como las adquiridas con posterioridad, diferenciando, en este caso, entre las producidas en los primeros años de vida y en otros momentos, como por ejemplo, las que son resultado de la edad.

Estudiar las enfermedades y discapacidades de la infancia lleva a Castán a examinar aspectos relativos al nacimiento de la persona y a su reconocimiento e inserción en la propia familia. En el ejercicio de las facultades del *paterfamilias* (*ius vitae et necis, ius exponendi, ius vendendi*), pesaría la circunstancia de que el recién nacido tuviera algún defecto o malformación física visible.

3. El tercer capítulo nos adentra en el estudio de la tutela y la curatela, instituciones previstas para salvaguardar los intereses de las personas que tuviesen limitada su capacidad de obrar. Dicha terminología no es romana, como sabemos, sino creación de la dogmática alemana.

Frente a la capacidad general de la que disfrutaban los ciudadanos romanos varones, libres e independientes, en las fuentes aparecen reiteradamente una serie de causas limitadoras de la capacidad de obrar de las personas: la edad, la enfermedad o la prodigalidad.

Los términos que describen las instituciones tutelares giran en torno a la idea de protección y cuidado: tutela, curatela, y tienen un contenido amplio, tanto de derecho público como privado, protegiendo no solo intereses individuales sino colectivos o familiares. Pero la tutela y curatela que aparecen nombradas en las XII Tablas se refieren al ámbito familiar, y están relacionadas con el cuidado de las personas necesitadas de protección y de los patrimonios.

Las costumbres de los antepasados, muy arraigadas entre los patricios y reflejadas en las XII tablas, preveían que en caso de no haber sido nombrado en testamento, se procediera a nombrar tutores o curadores, en primer lugar a los agnados más próximos y en su defecto a miembros de la *gens* (T.6). Con su intervención se aseguraba la validez de los negocios realizados por *furiosi*, pródigos, infantes, menores de veinticinco años, mujeres púberes *sui iuris*, sordos, mudos y sordomudos. En los casos en que se careciera de ellos, el pretor nombraría tutor o curador al que lo necesitase.

La tutela es definida por Servio como “un poder y potestad sobre persona libre que permite y otorga el derecho civil para proteger a quien por razón de su edad no puede

defenderse por si mismo" (D.26.1.1 pr.), fragmento seguramente interpolado, pues solo se refiere a la tutela de los impúberes y omite la de la mujer, existente todavía en su época (pero no en época justiniana). La amplitud del término curatela, que hace referencia también al ámbito de lo público, puede ser la razón de que no encontremos una definición en las fuentes.

Los actos realizados por los tutores (y curadores) tienen una enorme dimensión social que trasciende lo meramente privado, por lo que se ven sometidos a un riguroso control para evitar posibles fraudes y abusos en el patrimonio del pupilo.

- Respecto de la tutela del menor, Randazzo señala que "no obstante el gran número de textos romanos dedicados a ella, se trata de una institución que presenta todavía hoy espacios oscuros". Introducida en la ley de las XII tablas, se trataba de una de las principales obligaciones del ciudadano romano derivadas del *officium*, de larga tradición histórica.

En la sociedad arcaica la distinción entre los intereses del individuo y del grupo familiar debieron resultar imperceptibles, y el régimen de solidaridad familiar habría evitado la malversación del patrimonio del pupilo por parte del tutor, siendo castigada la mera sospecha de su lesión a través de la *accusatio suspecti tutoris* prevista en las XII tablas para el tutor testamentario y la *actio rationibus distrahendis* contra el tutor legítimo. El pretor, en su edicto, conservó el carácter público de la acción y Justiniano dejó de considerar dicha conducta como *crimina* incluyéndola entre los *delicta*, pero amplió los supuestos considerados como conductas sospechosas. La evolución de la tutela habría sufrido una metamorfosis, constituyéndose en una primera época con fines asistenciales en el ámbito de la familia, pasando posteriormente a asumir la naturaleza de una relación obligatoria entre tutor y pupilo, de la cual tenemos evidencias partir de la creación de la tutela dativa por la lex Atilia del 210 a.C. A partir de esa ley los poderes públicos estaban obligados a designar tutores a los menores que no lo tuviesen. Se trataba de un acto de jurisdicción voluntaria². Con posterioridad, una *lex Iulia et Titia*, probablemente augústea, facultaba a los gobernadores provinciales para designar tutores en el mismo supuesto, ampliándose después a otros magistrados. El cargo de tutor legítimo y dativo se garantizaba por medio de la *cautio* o *satisdatio rem pupilli salvam fore*, siendo innecesaria dicha cautela para el tutor testamentario, quizá debido a que era el propio causante el que, al hacer la designación, habría tenido en cuenta la personalidad y circunstancias de la persona que iba nombrar y, por tanto, sería alguien digno de confianza.

² Sobre jurisdicción voluntaria vid. Fernández de Buján, A. *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano*, Madrid, 1999; *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., Madrid 2016, p. 55 ss. 67 ss. Sobre la tutela pp. 208-214.

- Respecto a la *tutela mulierum*³, respondía a los planteamientos que sobre la mujer se tenían en el mundo antiguo, que hoy nos parecen injustificados, y sin embargo han pervivido en los ordenamientos actuales hasta tiempos recientes.

Gayo (G.1.144), al hablar de la tutela de las mujeres conferida por testamento, indica que *“los antiguos” quisieron que las mujeres, aun cuando tuviesen una edad superior a la pubertad, estuviesen en tutela, a causa de su ligereza de espíritu; de ella se exceptúan las Vírgenes Vestales, que ya por la voluntad de los antiguos están libres de tutela en honor de su sacerdocio*”. El mismo considera que *“en cambio, apenas hay alguna razón de peso que persuada para que las mujeres en edad adulta estén bajo tutela: pues lo que vulgarmente se cree de que en general son engañadas por la ligereza de su espíritu, y por eso resultaba justo que fueran dirigidas por la autoridad de sus tutores, es más una razón aparente que verdadera, pues las mujeres adultas tratan de sus negocios por sí mismas y hay casos en que el tutor interpone su autoridad por mero formalismo, y con frecuencia también autoriza actos contra su voluntad forzado por el Pretor”*.

Aunque de *facto* muchas mujeres romanas ejercieron amplias facultades de administración sobre sus bienes, jurídicamente estaban sometidas a ese tipo de tutela, desapareciendo, como privilegio concedido por Augusto (*ius liberorum*), al ser madre de tres hijos, o de cuatro si era liberta (tal y como relata el jurista) y, definitivamente, con Constantino.

- La *cura furiosi*, *cura prodigi* y la *cura minorum*, fueron establecidas para la salvaguarda del patrimonio de la persona, bienes o ambas cosas, de algunas personas.

Según Cicerón pródigo es cualquier persona que malgasta o dilapida su patrimonio. Las XII tablas ordenaba que se les dotara de un *curator*. La situación del pródigo le incapacitaba para realizar actos que supusieran asumir obligaciones, pero no le impedía la realización de aquéllos que le reportasen beneficios. El *curator* actuaba como un gestor de negocios ajeno, y contra sus actuaciones el pretor otorgaba una *actio negotiorum gestio utilis*. Este tipo de curatela cesaba cuando la persona recuperaba sus buenas costumbres, es decir, actuaba sin poner en peligro su patrimonio.

Por su parte, la *cura minorum* se establecía para el supuesto del menor que alcanzaba la mayoría de edad. Una *lex Laetoria* o *Plaetoria* (alrededor del 190 a.C.) otorgaba una protección especial a los menores de veinticinco años. El pretor en su edicto prometía una acción en los supuestos en que se hubiera hecho un negocio con un

³ Remito para su estudio a Sanz Martín, L., “Estudio y comentario de las diferentes clases de tutela mulierum a tenor de lo referido en las fuentes jurídicas romana. Funciones y responsabilidad del tutor mulierum”, *RGDR* 15, 2010.

menor de esa edad. Dicha acción debió ser penal, infamante y popular⁴, es decir, ejercitable por cualquiera que tuviera noticia de su realización. Aunque no queda de ella constancia en las fuentes, sí de una *exceptio legis Laetoria* con la que el menor podía paralizar la reclamación de aquel con el que hubiera realizado un negocio en el que había resultado engañado. El pretor podía decretar también una *restitutio in integrum* por razón de la edad (*ob aetatem*).

En el 321 Constantino promovió un expediente de dispensa de edad, *venia aetatis*, para liberar a los jóvenes, (varones mayores de 25 años y mujeres mayores de 18) de la *cura minorum*, concesión que se venía realizando de manera extraordinaria. El único requisito, además de la edad, era que estas personas acreditaran un comportamiento honrado.

Por otra parte, bajo el nombre de *cura debilium personarum*, término que no aparece en las fuentes pero sí en la doctrina, se agrupa un número de curatelas atribuidas a las personas débiles, enfermas (*surdo, muto*) o retrasadas (*fatuo*), de quienes se pensaba que no podían valerse por si mismas. Una especie de *curatores ad certam causam* para negocios determinados, pero que no estaban encargados de velar por la salud o integridad corporal de aquellas personas. Justiniano separa nítidamente este tipo de curatela de las curatelas tradicionales (furiosos, pródigos y menores de veinticinco años).

4. En el cuarto capítulo el autor se refiere a la *cura furiosi* de manera pormenorizada (pp.185-221).

La constitución de la *cura furiosi* tenía lugar cuando una persona con sus facultades mentales visiblemente alteradas no gozaba de la protección de un *custos*, tal y como decían las XII Tablas, siendo atribuida a la persona del agnado más próximo, y en su defecto, a los gentiles (T.5.7a).

Los autores consideran que la apreciación de la enfermedad mental era una cuestión de hecho: el magistrado, *causae cognitio*, comprobaría, en la medida de sus posibilidades, si era cierta y no una simulación para eludir responsabilidades penales o cargas civiles. Una vez constatada, producía una serie de limitaciones en la capacidad de obrar de esas personas, tanto en el ámbito público como en el privado.

El nombramiento de *curatores* podría considerarse como provisional, ya que su duración sería la misma que la de la locura. Una vez superada la enfermedad, automáticamente se recuperaba la capacidad de obrar. En caso de no superarse duraba toda la vida, como recuerda una constitución del 530. Respecto a los actos realizados por los *furiosi* en los intervalos lúcidos, éstos se consideraban plenamente válidos.

⁴ Sobre las acciones populares vid. Fernández de Buján, A., "La defensa y protección de los derechos de los ciudadanos desde Roma hasta nuestros días", *Rights of citizens and their protection*, New Bulgarian University, 2019, pp. 19-40.

La situación de discapacidad provocada por esta causa producía los mismos efectos que la muerte civil, afectando a su capacidad negocial. Son muchos los testimonios de las fuentes en este sentido. Así, era necesaria la actuación del *curator* para la adquisición de la posesión por parte del *furiosus*, pero mantenía la posesión adquirida antes de enfermar. Era incapaz para ser nombrado juez, y para el caso de locura sobrevenida se nombraba un sustituto. No podía ser nombrado tampoco árbitro ni ser parte en un arbitraje compromisario⁵. Tampoco podía ejercer actividades de *procurator*, ni ser parte en el proceso. Conservaba la *patria potestas* y adquiría por medio del hijo y del *servus*, pero se duda si en esas circunstancias podía autorizar el matrimonio de sus hijos, o si era válida la constitución de la dote y la *donatio ante nuptias*. Respecto a su nombramiento como tutor testamentario, la enfermedad mental era considerada una de las causas de exclusión para el desempeño del cargo, pero sería válido si en el momento de abrirse el testamento hubiera recobrado la cordura. A requerimiento de los interesados, podría interponerse la *querella inofficiosi testamenti*, alegando la demencia sufrida por la persona a la hora de hacer su testamento. Prueba convincente para el juez sería, por ejemplo, el legado de cosas públicas (D.30.39.8), la institución de heredero bajo extraña condición (D.28.7.27pr.), o la preterición injusta (D.5.2.5). Aunque también podrían darse falsas acusaciones por parte de descendientes desheredados. En cuanto a la *testamentifactio* activa, los juristas romanos hicieron en ocasiones una *interpretatio* salvadora del testamento otorgado por el *furiosus*, considerando que había sido otorgado en intervalo lúcido y que había muerto cuerdo.

Respecto a la responsabilidad penal, la ausencia de voluntad del *furiosus* le exoneraba de la misma como señalan los autores citados por Castán (p. 215), aunque se duda si, en el caso del parricidio, la tendrían los custodios y si, en todo caso, se procedería a su detención y encarcelamiento o confinamiento doméstico bajo estrictas medidas de seguridad.

En relación con la limitación de los derechos políticos de estas personas, cabe decir que no gozaban del *ius honorum*, ni del *ius electionis*, ni del *ius suffragii*, aunque conservaban la dignidad alcanzada cuando la enfermedad llegara con posterioridad al ejercicio del cargo, pero no podían, obviamente, aspirar a una magistratura superior. Hay duda de si conservaron la *nobilitas* adquirida en el ejercicio del cargo, y si, en el caso de ser senadores, mantuvieron su asiento en el Senado.

5. El capítulo quinto trata de las personas sordas, mudas y sordomudas.

Al ser una de las características del antiguo derecho romano el riguroso formalismo y el carácter verbal de los más importantes negocios jurídicos, no podrían realizarlos estas

⁵ Sobre el arbitraje, tipos de arbitraje, arbitraje compromisario, vid. Fernández de Buján, *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Madrid, 2014, pp. 51-9, obra fundamental sobre la materia.

personas al no haber seguridad de que comprendían el significado de los actos que realizaban; sí otros negocios no formales, en los que bastaría con la prestación del consentimiento expresado de alguna forma clara. No podrían desempeñar la función de abogados, ni jueces, ni árbitros, ni tampoco ser tutores.

Respecto a la *testamentifactio* activa, negada durante siglos, el profesor Castán hace algunas matizaciones que recogía en un trabajo anterior; así se verían limitados en cuanto al testamento oral, al testamento escrito y el ológrafo, aunque mediante autorización del príncipe sí pudieron otorgar testamento escrito. Una constitución imperial (C. 6.22.10 pr.) distinguía entre sordos, mudos y sordomudos, y reconocía, por primera vez, la posibilidad de hacer testamento a estas personas si no lo eran de nacimiento. En cuanto a la *testamentifactio* pasiva, es afirmada en las fuentes, tanto para la sucesión testada como intestada, siempre que pudiera aceptarse la herencia mediante señas o gestos (D.28.1.16 pr.; D.29.2.5 pr.).

En relación con los derechos políticos, la sordera, mudez y sordomudez congénitas excluían del *ius honorum* y si eran adquiridas posteriormente, imposibilitaban para seguir el *cursus honorum*, pero no eximían de las cargas económicas.

6. Por último el autor se refiere a la ceguera. Una primera aproximación le hace considerar que, no obstante las graves limitaciones que producía en la vida diaria a quien la padecía, sin embargo, en el ámbito de las relaciones privadas, las dificultades para realizar negocios jurídicos eran menores que las referidas para el caso del sordo y del mudo. Las razones derivan de la posibilidad de prestar su consentimiento en los actos que fueren de su interés, lo que no sucedía en los otros supuestos. Por otra parte, el ciego, aun el de nacimiento, podía haber recibido educación o instrucción. Así pues, aunque en principio no se le asignaba ningún *curator*, en ocasiones se dotaba a sí mismo de un asistente, mandatario o representante (hijo, esclavo, liberto), para auxiliarle en los negocios jurídicos que realizaba.

El ciego gozaba de plena capacidad negocial y aptitud para ser titular de derechos subjetivos; ejercía la patria potestad, la tutela o el matrimonio, e incluso estaba mal vista la excusa de la tutela por este motivo, al ser considerada un *officium*. Podía hacer testamento y ser testigo; podía realizar contratos; podía ser nombrado juez y desempeñar dicho cargo, pero no ser abogado. En general podía desempeñar profesiones liberales cuando no se requería necesariamente el empleo de la vista (literatos, filósofos, juristas, profesores), o cuando era ayudado por sus esclavos o discípulos.

Respecto a sus derechos políticos, el ciego de nacimiento estaba imposibilitado para el ejército y no podía ser elegido para el desempeño de las magistraturas, mientras que si la ceguera era sobrevenida, conservaba la magistratura durante su ejercicio, pero no

podía aspirar a otra nueva, interrumpiéndose así su *cursus honorum*. No afectaba a la condición de senador, que, como sabemos, era vitalicio, por lo que podía acudir a los debates e intervenir en el Senado. Son muchos los ejemplos recogidos en las fuentes al respecto (Apio Claudio). Es probable que el sacerdocio adquirido con anterioridad, se mantuviera.

Finaliza el autor con un índice de autores en el que facilita el apellido del autor y el número del capítulo y la nota a pie en que aparece, por lo que para hacer una consulta bibliográfica hay que acudir a ellas hasta encontrar la obra deseada. Por último incorpora un interesante *index rerum*.

No queda más que felicitar al profesor Castán por la completa y rica visión que hace de la discapacidad en el mundo romano en su obra, y por revalorizar las instituciones romanas para el apoyo de la capacidad de estas personas en los momentos actuales, en los que planea una futura reforma legislativa de nuestro ordenamiento sobre esta materia; se cree dar así respuesta a la recomendación de Naciones Unidas de su adaptación a los postulados de la Declaración de Nueva York de los derechos de las personas con discapacidad. Postura discutida por un amplio sector de la doctrina civilística española que considera que bastaría con aplicar adecuadamente los instrumentos de que se dispone. Habrá que esperar a ver los resultados.